

VU Research Portal

Proefschrift Zuiderveen Borgesius [Bespreking van: (2015) Improving privacy protection in the area of behavioural targeting]

Lodder, A.R.

published in

Rechtsgeleerd magazijn Themis
2015

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Lodder, A. R. (2015). Proefschrift Zuiderveen Borgesius [Bespreking van: (2015) Improving privacy protection in the area of behavioural targeting]. *Rechtsgeleerd magazijn Themis*, 176(6), 282-285.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Improving privacy protection in the area of behavioural targeting

F.J. Zuiderveen Borgesius, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015, 432 pp.
ISBN 9789041159908.

Op 17 december 2014 verdedigde Frederik Zuiderveen Borgesius aan de Universiteit van Amsterdam (promotor: Nico van Eijk) zijn proefschrift over behavioural targeting, meer precies over de vraag hoe privacy op dit commerciële terrein verbeterd zou kunnen worden. In een samenleving die drijft op data, en waarin verdienmodellen doorgaans geheel of gedeeltelijk op het vermarkten van persoonlijke gegevens zijn geënt, geen eenvoudige opgave. Hij stond er duidelijk niet alleen voor: in zijn acknowledgements worden uitzonderlijk veel mensen genoemd. Voer voor psychologen, wie er wel en niet genoemd worden: in Noorwegen bijvoorbeeld wel Jon Bing (zonder te vermelden dat hij overleden is) maar niet Lee Bygrave en bij het IVIR zijn er 19 mensen relevant qua “benefited especially from discussions about research ideas” maar met de gezien het onderwerp voor de hand liggende Egbert Dommering is dan blijkbaar niet van gedachten gewisseld.

De centrale vraag in het proefschrift is:

How could European law improve privacy protection in the area of behavioural targeting, without being unduly prescriptive?

“Verbeteren” veronderstelt een nulmeting, het vaststellen bij aanvang hoe het gesteld is met de privacy. Dat is al een onderzoek op zich waard, maar Zuiderveen Borgesius richt zich op een verbetering die bovendien niet “unduly prescriptive” mag zijn. Voor de kenners dringt zich bij een dergelijke kwalificatie, zeker in de context van dit proefschrift, direct de regulering rondom cookies op. Waar begin deze eeuw al duidelijk was dat toestemming geen werkbaar concept in de context van cookies is, is om onduidelijke redenen vanuit de EU toch de afgelopen jaren een totaal onwerkbaar toestemmingsmodel geïntroduceerd. Dat moet anders, zal het uitgangspunt geweest zijn van deze studie. Op welke wijze “anders” beter kan zijn en op welke wijze je de verbetering kan vaststellen is geen sinecure en de gekozen maatstaf “onnodig” is lastig operationaliseerbaar. Vanuit welk perspectief moet de noodzaak ontbreken: de gebruiker, de overheid, de bedrijven, een combinatie?

De reclamewereld en EU uitgangspunt

Behavioural targeted advertising heeft reclame veranderd van ongerichte verzending (radio, tv, billboards, kranten, etc.) tot op de persoon toegesneden reclamemateriaal. Althans, dat is wat de reclamemakers denken, dat het goed toegesneden is. In zekere zin roepen de aanbiedingen voor een vlucht naar Londen nadat je die net geboekt hebt (en deze dus dan niet meer nodig hebt), herinneringen op aan wasmiddelenreclames van weleer. Medio de jaren tachtig hadden de meeste mensen een hekel aan dergelijke reclame's, zoals:

Ik heb een man een zoon en een hond
Ze doen soms gek maar dat is gezond
Ze maken soms vlekken ja dat heb je al gauw
Ik doe mijn was met nieuwe Dixan mevrouw

of

Leren of spelen voor een kind is het fijn,
Lekker druk bezig te zijn.
Vuil wordt het toch wel wat je ook doet,
maar met Omo komt alles weer goed!

Tenenkrommend, ergerniswekkend, maar het werkte blijkbaar in reclame-technisch opzicht. Een vergelijkbare indruk heb ik bij op de man toegesneden reclame op internet. Zoals Zuiderveen Borgesius (p. 188, 302) aangeeft “most people don’t want (behaviourly, p. 302) targeted advertising”. Ik vermoed dat ook hier geldt dat het werkt. Geen idee waarom. Dit proefschrift kijkt verder dan het recht, maar beperkt de oplossingen tot het recht.

Extra beperkend is dat het bestaande recht als uitgangspunt wordt genomen. Op zich begrijpelijk voor een jurist, maar bij nieuwe fenomenen zoals behavioural targeting en in een wereld waarin persoonlijke gegevens de handelswaar zijn zou een vrijere benadering tot interessantere uitkomsten kunnen leiden (vgl. Lodder 2013).¹ In zekere zin lijkt Zuiderveen Borgesius zich enige vrijheid te veroorloven “concerns what the law ought to be” (p. 4), maar beperkt hij zich qua creatieve oplossingen: “Arguments have to fit in the European legal system” (p. 6). Hoewel in het verleden privacyrecht door Goldsmith & Wu² als een van de weinige voorbeelden van global law is getypeerd en de EU, m.n. het Hof van Justitie,³ het Europese privacyrecht ook buiten de EU wil laten gelden, kent deze benadering zijn beperkingen in het vinden van daadwerkelijke oplossingen.

Opbouw

Een veel gebruikte technische oplossing, die ook interessante juridische vragen oproept, is het gebruik van ad blockers. Daarop wordt enkel op p. 220 ingegaan:

“Self-help tools exist to protect privacy in the area of behavioural targeting. For instance, people can install browser plug-ins that blocks ads and limit tracking, and millions of people do so.”

Dit hangt ook samen met de gekozen benadering in deze dissertatie. Reclame op zich is niet iets waarmee de auteur zich bezighoudt. Het gaat om drie aspecten van privacy (p. 5). In de eerste plaats het massale verzamelen van gegevens, vervolgens dat mensen geen controle over hun gegevens hebben en tenslotte het risico op “unfair social or discriminatory practices”. Het proefschrift brengt eerst de praktijk van behavioral targeting in kaart (hoofdstuk 2), waarbij dan voor de duidelijkheid wel wordt ingegaan op het daadwerkelijk targeting, naast verzamelen, opslag, analyse en verhandeling van de data (disclosure). Het hoofdstuk biedt een heldere uiteenzetting (p. 15-52) over hoe behavioural targeting praktisch en technisch werkt. De hoofdstukken 3-6 gaan over privacy en gegevensbescherming.

¹ Lodder, A.R. (2013), Ten Commandments of Internet Law Revisited: Basic Principles for Internet Lawyers, *Information & Communications Technology Law*, Vol. 22, Issue 3, <http://ssrn.com/abstract=2343486>: “First, the classic legal approach is to start with the legal norm, and see whether internet phenomena are covered by existing norms, either applied straightforwardly or after interpretation. If no existing norm can be applied, the situation can be left unregulated or if desirable, new norms can be designed. Second, the internet can be taken as starting point, so to think about possible norms without considering the existing normative framework. This approach can lead to new, refreshing insights.” Zuiderveen Borgesius kiest de eerste benadering.

² Goldsmith, J. & Wu, T. (2008). *Who Controls the Internet?: Illusions of a Borderless World*, Oxford University Press.

³ Zoals in de Google Spain zaak (HvJ EU 13 mei 2014, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317) en Facebook/Max Schrems (HvJ EU 6 oktober 2015, C-362/41).

Hoofdstuk 7 gaat vanuit een praktische invalshoek in op “informed consent”. De oplossingen volgen in hoofdstuk 8 (improving empowerment, wat aansluit bij het genoemde gebrek aan controle) en hoofdstuk 9 (improving protection, wat over verzamelen en oneerlijke praktijken zou gaan). Hoofdstuk 10 bevat de conclusies.

Privacy

Hoofdstuk 3 is gewijd aan privacy, en daarin worden de drie hierboven aangegeven problemen ook aangestipt, voorafgegaan door een uiteenzetting over de Europese regelgeving over privacy en een (andere) driedeling ontleend aan Gürsus: “privacy as limited access, privacy as control over personal information, privacy as the freedom from unreasonable constraints on identity construction”. Je zou verwachten dat de drie problemen (het massale verzamelen, een gebrek aan controle en het profileren en discrimineren) in verband zouden worden gebracht met de indeling van Gürsus. Dit gebeurt echter niet: noch in hoofdstuk 3, noch in het concluderende hoofdstuk. Ze worden los van elkaar gepresenteerd: de driedeling van Gürsus, gevolgd door EU-regels en -rechtspraak, en afgesloten met de drie privacy problemen bij behavioural targeting. Het EU deel grijpt wel terug op Gürsus, maar de problemen worden gepresenteerd als uit de lucht vallend terwijl er uiteraard wel een verband is. Het is mij onduidelijk waarom het geheel als drie afzonderlijke brokken wordt gepresenteerd.

Data protection

Bij het onderwerp dataprotectie wordt in hoofdstuk 4-6 uitgebreider stilgestaan. In hoofdstuk 4 wordt dataprotectierecht geïntroduceerd en een gedegen overzicht van het onderwerp gegeven. Het vijfde hoofdstuk bevat de feitelijke constatering dat dataprotectierecht van toepassing is op behavioural targeting, alsmede het normatieve standpunt dat dit ook zo hoort te zijn. Hierover is discussie mogelijk, omdat bijvoorbeeld adverteerders graag de in profielen opgenomen, niet tot de persoon te herleiden informatie, om die reden niet beschermingswaardig achten. Dataprotectierecht veronderstelt immers tot de persoon te herleiden informatie. In mijn bespreking van Roosendaal heb ik de in dit opzicht briljante weerlegging van Steve Gibson aangehaald,⁴ die in dit proefschrift overigens niet besproken of aangehaald wordt. Wel gebruikt Zuiderveen Borgesius het inmiddels breed gehanteerde “singling out” argument. Precies wat Gibson in 2000 al duidelijk maakte, en wat door de WP29⁵ in 2007 werd getypeerd als

““singling out” an individual implies identifying that individual. A person is identifiable if she can be distinguished within a group” (p. 125)

⁴ *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2014-6, p. 309-313. Het is haast niet voorstelbaar dat Steve Gibson dit al in 2000 zo accuraat verwoordde: “Without my knowledge or permission, you quietly monitor and surveil my activities and the choices I make as I move across the Internet. You compile a secret dossier describing my habits, my personal preferences, my search engine queries, my past purchases and spending, and even the contents of many web forms I have filled out and submitted. Then, having compiled a secret dossier on me — specifically and uniquely me — you deliberately seek to influence me in order to profit from that influence which you now have gained over me (...) I don't want YOU to know ANYTHING about ME, yet you can profile me on a whim, and you see nothing wrong with doing that.”

⁵ Doorgaans in het Nederlands aangeduid als WG29, nl. Werkgroep 29. Ik gebruik in deze tekst de Engelse afkorting, dus WP (Working Party). Deze groep van o.m. Europese toezichthouders spreekt zich jaarlijks in verschillende documenten uit over de uitleg van de Richtlijn 95/46/EG. De naam is ontleend aan het artikel op grond waarvan ze in het leven zijn geroepen. De richtlijn spreekt overigens in het Nederlands niet over werkgroep, maar over “de Groep”. De afkorting in het Nederlands zou dus eigenlijk G29 moeten zijn.

Het feit dat er anders geen regelgeving van toepassing zou zijn (en dat dat onwenselijk zou wezen), komt over als een minder sterk argument (p. 134): “... if data protection law didn’t apply, this industry could operate largely unregulated.” Als bijvoorbeeld een zelfrijdende auto ongereguleerd zou zijn omdat deze geen stuur heeft en dit onwenselijk wordt gevonden, dan kan je de regels over sturen toch toepassen op zelfrijdende auto’s zonder sturen - maar een beter alternatief is om nieuwe regels te ontwikkelen (of bestaande regels aan te passen). Dat Zuiderveen Borgesius deze benadering niet kiest hangt deels samen met zijn (wens om) aan te sluiten bij bestaande regelgeving. Dit belet hem overigens niet om te spreken over “ought to” (regelgeving hoort van toepassing te zijn), waarvandaan het slechts een kleine stap zou zijn om nieuwe regels voor te stellen.

Hoofdstuk 6 gaat in op “informed consent” in dataproctectierecht. Solove schreef daarover in 2013 een boeiend artikel⁶ waarin hij ingaat op het dilemma rondom het verlangen van instemming:

“Ironically, paternalistic regulation might limit people’s freedom to choose in the name of enhancing their autonomy. I term this problem the “consent dilemma.”

Solove doet aan het eind van zijn artikel vier aanbevelingen, waarvan vooral “adjusting privacy law’s timing to focus on downstream uses” interessant is. Het is veelal niet te overzien welk mogelijk gebruik data kent, zelfs indien dit gebruik valt onder een specifiek geformuleerd doel, vandaar een nadere toets op een later moment. Zuiderveen Borgesius gaat niet op Soloves bijdrage in, mogelijk omdat deze vanuit Amerikaans perspectief beschreven is, zoals hij opmerkt in een voetnoot waarin wel naar het artikel van Solove wordt verwezen: “See on privacy law and paternalism, from a US perspective Solove 2013.” In dit hoofdstuk geeft Borgesius een helder historisch overzicht van de regelgeving inzake cookies binnen de EU. Hij leunt daarbij, wat hij in het eerste hoofdstuk al aankondigde, zwaar op de WP29. In dit hoofdstuk geeft hij aan de EU regelgeving niet overdreven bevoogdend (paternalistic) te vinden (p. 185-186 en voorts p. 265 en 316):

“The right to privacy and the right to data protection aim to contribute to a fair society, which goes beyond protecting individual interests.”

Wat voor de oplettende lezer mogelijk storend overkomt is dat belangrijke zinnen als deze drie keer letterlijk terugkomen. In hoofdstuk 6, hoofdstuk 9 en hoofdstuk 10. Dergelijke herhaling kan ook gezien worden als een onderstreping van het belang. Aan deze zin gaat overigens een andere vooraf (eveneens op genoemde drie plaatsen):

“[...] there are other rationales for legal privacy protection⁷ than protecting people against themselves.”

Wat als paternalisme op een individu kan overkomen, kan voor de samenleving als geheel nodig zijn. Bij dit onderwerp vind ik dit een goed verdedigbare stellingname. Voor een democratische samenleving als geheel is het non-stop gemonitord worden en geconfronteerd worden met beslissingen die uit analyses van alle gegevens volgen niet het best denkbare scenario. Wij zijn daar overigens wel hard naar op weg. Maar het is, waarschijnlijk, nog niet te laat. Een verhandeling als die van Zuiderveen Borgesius kan een belangrijke bijdrage leveren aan het maatschappelijk debat.

⁶ D.J. Solove (2013), Privacy Self-Management and the Consent Dilemma. 126 *Harvard Law Review* 1880.

⁷ Op pagina 185 staat hier: rationales for data protection law.

Praktijk

In hoofdstuk 7 wordt duidelijk dat onder “unduly prescriptive” mede moet worden verstaan dat er geen onredelijke kosten voor de samenleving samenhangen met behavioural targeting. Onredelijk is natuurlijk een lastig concept, maar zelfs het bepalen van de kosten op zichzelf is niet eenvoudig. Zo levert het zeker voordelen op (gratis diensten), maar kunnen gegevens ook misbruikt worden. En vooral gevoelens als “annoyance, a creepy feeling, and chilling effects” laten zich niet goed financieel duiden. Je kan natuurlijk ook spreken over een prijs die wij als samenleving niet zouden moeten betalen, maar dat is niet een economisch maar een ethisch argument. Vooralsnog vindt er in ieder geval in termen van geboden privacybescherming weinig concurrentie plaats. Dit verhoudt zich ook lastig met de al gememoreerde verdienmodellen waarin meer gegevens, meer opleveren. Een interessant punt dat Zuiderveen Borgesius verder aansnijdt, is dat mensen beperkt in staat zijn verder te kijken, vgl. ook de eerdere opmerking van Solove over “downstream uses”. Zeker Nederlanders zullen voor een voordeeltje of gratis dienst bereid zijn gegevens te verstrekken, ook wanneer dit mogelijk later nadelig zou kunnen blijken voor henzelf. Heel menselijk, uiteraard.

Naar een verbetering

In hoofdstuk 8 en 9 wordt aandacht besteed aan mogelijke verbeteringen.

Een ontwikkeling die genoemd wordt is de “Do not track standard” die de W3C probeert tot stand te brengen. De kans dat deze standaard daadwerkelijk tot stand komt acht ik gering. De onderhandelingen zitten al jaren vast. Het is een open onderhandelingsproces waaraan iedereen kan deelnemen. Dat betekent dat ook Facebook en Google aan de tafel zitten, die zoals u begrijpt heel andere ideeën over tracking cookies hebben dan bijvoorbeeld ondergetekende of Zuiderveen Borgesius. Toen ik onlangs opmerkte dat ik het teleurstellend vond dat bij dergelijke technische onderhandelingen ook tech giants aan tafel zitten, riposteerde iemand terecht: “Dat is het internet”. Een jaar of 20+ geleden waren het voornamelijk idealisten en liefhebbers die aan de ontwikkelingen van technische standaarden van het internet werkten. Het is begrijpelijk dat bedrijven die miljarden omzet draaien niet plots geconfronteerd willen worden met technische standaarden die hun verdienmodellen torpederen.

In hoofdstuk 8 wordt onder de noemer “unduly prescriptive” in aanvulling op onredelijke kosten ook aandacht besteed aan onredelijk paternalistisch. In het licht van dat laatste aspect richt hij zich vooral op transparantie (p. 257):

“Enforcing and tightening data protection law’s transparency requirements wouldn’t be unduly paternalistic, if at all.”

In hoofdstuk 7 gaf hij aan (p. 202): “the main reason for responding to information asymmetry is protecting a well-functioning market, rather than paternalistic motives towards the consumer.” In de conclusie van hoofdstuk 8 is hij nog stilliger (p. 257): “Protecting a well-functioning market has nothing to do with paternalism.” Het beschermen van een goed functionerende markt veronderstelt dat de markt momenteel goed functioneert. Ik betwijfel dat zeer bij cookies. Zuiderveen Borgesius merkt terecht op dat er cookies zijn die vanuit een privacyperspectief (zgn. functionele cookies) minder relevant zijn en dat de toestemming zich zou moeten beperken, bijv. tot tracking cookies. Hij vervolgt dat “Requiring firms to use an opt-in system for valid consent (rather than an opt-out system) could be seen as a measure to nudge people towards disclosing less personal information.” Het lijkt me dat de meeste consumenten hier niet op zitten te wachten. Nog daargelaten dat in een traditionele internetomgeving met desktop dit door veel gebruikers als hinderlijk wordt ervaren, is op voorhand niet

duidelijk hoe dit op tablets en smartphones gecommuniceerd zou moeten worden, zeker bij gebruik van een app. Hij beaamt dat het duidelijk communiceren van privacy policies kosten meebrengt, maar geeft aan deze kosten niet onredelijk te vinden. Dit is een moeilijk te onderbouwen standpunt, maar ook niet eenvoudig weerlegbaar. Hoewel hij het eigenlijk zelf doet door in hoofdstuk 7 en 10 op te merken:

“people don’t read privacy policies; if they were to read, they wouldn’t understand; if they understood, they wouldn’t act.”

Dat laatste is de vraag, want zoals Solove (2013) terecht opmerkt:

“Similarly, some people want targeted marketing. They want their data shared. They want catalogs to be mailed to their homes. They want to be tracked. They want to be profiled. They want companies to use their personal information to recommend products and services. These people should not be dismissed as uninformed or foolish, as it is far from clear that the costs to these people outweigh the benefits.”

Dat er enige verbetering mogelijk is door informeren wil ik wel aannemen, de vraag is alleen ten koste van wat. Het is hoe dan ook niet genoeg, vindt Zuiderveen Borgesius. Daarom wordt in hoofdstuk 9 ingegaan op de bescherming. De hoofdstuktekst beslaat 34 pagina’s gevolgd door een, zeker in verhouding, uitzonderlijk uitgebreide conclusie van zes pagina’s. Opvallend daarbij is dat hij hierbij ook ingaat op de vijfde fase, het daadwerkelijke adverteren: “use of data for personalised advertising.” Daar leek hij immers op grond van zijn eerste hoofdstuk vandaan te blijven (massale verzamelen, geen controle en tenslotte risico op unfair practices). Hij lijkt het in hoofdstuk 9 echter onder “unfair social sorting” te scharen wat uiteraard maar één, in wezen preliminair, onderdeel van adverteren is. Ook in dit hoofdstuk ligt de nadruk op duidelijk informeren. De vraag is of je daarmee tot een betere bescherming komt. Verbieden van bepaalde handelingen is ook mogelijk (hij noemt gepersonaliseerde prijzen, naar verluidt kan het afhangen van waar iemand woont welke prijs gevraagd wordt of stijgt een prijs als iemand echt geïnteresseerd lijkt). Ik weet niet waarom dit verboden zou moeten worden, of waarom hierover geïnformeerd zou moeten worden. Een autoverkoper zal ook niet expliciet communiceren: “U ziet eruit als welgesteld en een beetje onnozel, dus ik ga u meer geld vragen”. Is dat een oneerlijke handelspraktijk wellicht, profiteren van eigenschappen c.q. zwakheden?

Mayer Schonberger en Cukier⁸ merken in de context van big data over *Notice and consent* op: “too restrictive to unearth data’s latent value or too empty to protect individual’s privacy” en “holding data users accountable for what they do”. Het verschuiven naar eigen verantwoordelijkheid van bedrijven is een weg die Zuiderveen Borgesius niet bewandelt. Zelf heb ik er ook niet veel vertrouwen in dat bedrijven een dergelijke verantwoordelijkheid naar tevredenheid kunnen dragen en hetgeen door Zuiderveen Borgesius wordt besproken kan ook gezien worden als een belangrijk tegengewicht.

Slot

Het proefschrift levert geen verrassende inzichten op, maar het is dan ook een onderwerp waarover al veel geschreven is en waarvoor oplossingen niet eenvoudig te vinden zijn. Het is een goed leesbaar, bijzonder gedegen en helder overzicht van het onderwerp en uitstekend gedocumenteerd (bijna 2000

⁸ Mayer-Schonberger, V. & K. Cukier (2013) *Big data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, Eamon Dolan/Houghton Mifflin Harcourt.

voetnoten). Waarin het proefschrift uitblinkt is de breedte van behandeling: juridisch, economisch en technisch. Weinigen is het gegeven om de problematiek op begrijpelijke wijze vanuit zulke uiteenlopende invalshoeken te benaderen, maar Zuiderveen Borgesius is daar wonderwel in geslaagd.

Arno R. Lodder

Amsterdam, oktober 2015